



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP3888-2020

Radicación n° 54380

(Aprobado Acta No. 214)

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscal 216 Delegada ante los Jueces Penales Municipales y el Ministerio Público, contra el fallo del 12 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual revocó la sentencia condenatoria proferida el 22 de marzo del mismo año por el Juzgado 8° Penal Municipal de esta ciudad, y, en su lugar, absolvió a RAÚL FERNÁNDEZ ZAFRA del delito de violencia intrafamiliar agravada.

HECHOS

En horas de la mañana del 21 de febrero de 2015, RAÚL FERNÁNDEZ ZAFRA se presentó en el apartamento 104 de su hermana Cecilia ubicado en la calle 144 con carrera 9ª, con el propósito de recoger a su hija GFD de 11 años, en cumplimiento al régimen de visitas regulado por un juzgado de familia. Ante la negativa de la niña y la insistencia de su padre porque lo acompañara, se produjo un forcejeo entre los dos que le causó a la menor equimosis en el párpado inferior izquierdo y en el muslo derecho y escoriación de 2.5 cms en mejilla izquierda, y una incapacidad de siete (7) días sin secuelas.

ANTECEDENTES

El 9 de septiembre de 2015 en audiencia preliminar ante la Juez 14 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, la fiscalía formuló imputación a FERNÁNDEZ ZAFRA por el delito de violencia intrafamiliar agravada (art. 229.2 del Código Penal), cargo que no aceptó.

El 15 de octubre del mismo año, la fiscalía radicó el escrito de acusación; el 3 de diciembre siguiente, en audiencia ante el Juez 8º Penal Municipal de esta ciudad, verbalizó la acusación.

El 22 de marzo de 2018, el Juez en consonancia con el anuncio del sentido del fallo lo condenó a setenta y dos (72)

meses de prisión; sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá revocó integralmente por vía de apelación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. Demanda a nombre de la Fiscalía.

Se postulan dos (2) cargos.

1.1 Con fundamento en la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aduce la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 229 y 9 del Código Penal.

Con apoyo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña, el Código de Infancia y la Adolescencia, artículos 19 y 18, respectivamente, fallos de tutela y jurisprudencia de la Sala, la recurrente expresa que el Tribunal erró al señalar la inexistencia de evidencia de la lesión del bien jurídico, ya que lo probado no corresponde al ejercicio de la acción de corrección sino a un acto de violencia irrazonable y desproporcionado.

Critica al ad quem por acudir a jurisprudencia española sin aplicación en el ámbito interno y vigor por el cambio normativo producido en ese país, mientras la legislación nacional, en este caso el artículo 262 del Código Civil, y la jurisprudencia constitucional, no habilitan ninguna clase de violencia en la facultad sancionatoria o poder de corrección del padre.

1.2 Al amparo de la causal 3ª del citado artículo 181, alega la existencia de un error de hecho por falso raciocinio, al acusar al Tribunal de fundar su pronunciamiento en la tergiversación y cercenamiento de los testimonios de la menor GFD, Claudia Margarita Díaz Chacón, Heinner Misas Parrado, Giovanna Lisa Tarallo Romo, Lucelly Guevara y del acusado FERNÁNDEZ ZAFRA.

En su demostración, refiere lo dicho en el juicio oral por cada uno de los declarantes y lo expresado por el Tribunal, concluyendo la demandante que este desconoció la regla de acuerdo con la cual, las inconsistencias o contradicciones del testimonio son relevantes si recaen en su “*núcleo esencial*”, lo que no ocurre en este caso, debiendo haberlas considerado insustanciales o marginales.

Pide casar la sentencia y dejar en firme la impuesta en primera instancia que declaró responsable penalmente al acusado FERNÁNDEZ ZAFRA.

2. Demanda a nombre del Ministerio Público.

Se proponen tres (3) cargos.

2.1 Violación directa por interpretación errónea de los artículos 299 y 9 del Código Penal.

La personera estima que el Tribunal se equivocó sobre el alcance de los actos de corrección que pueden ejercer los padres, al desconocer la prevalencia de los derechos de los

niños sujetos de protección reforzada, citando los tratados internacionales que reconocen de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el artículo 44 de la Constitución Política.

Luego de reseñar jurisprudencia constitucional sobre los límites y formas del derecho de corrección, la personera señala que el acusado los superó al causar dolor y afectación emocional a su hija, según lo constatado con el testimonio de la forense Giovanna Lisa Tarallo Romo.

Considera innecesario que el Tribunal acudiera a doctrina y casos judicializados en España para sustentar su posición jurídica, cuando las Cortes nacionales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los actos de corrección, y desconociera, de otro lado, la evolución legislativa que propende castigar severamente los actos de violencia contra los menores de edad.

2.2 Error de hecho por falso juicio de identidad.

La personera acusa al Tribunal de haber tergiversado y cercenado las declaraciones de Giovanna Lisa Tarallo Romo y Heinner Misas Parrado, en relación con las lesiones que el acusado FERNÁNDEZ ZAFRA causara a su hija G.F.M, transcribiendo a continuación lo dicho en la sentencia y lo manifestado por los testigos.

2.3 Error de hecho por falso raciocinio.

Para la demandante, el ad quem incurrió en ese vicio al dejar de apreciar en su conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica las pruebas recaudadas en el juicio oral, en contravención de lo dispuesto en los artículos 380 y 404 de la Ley 906 de 2004.

Expresa que en la valoración de los testimonios de Claudia Margarita Díaz Chacón y de G.F.M, y de la prueba pericial practicada por María Teresa Vargas, el Tribunal se aparta de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, al atribuirle a las dos primeras aumentar la magnitud de lo sucedido y desconocer el miedo que la menor sentía hacia su padre, al cual hace referencia la última.

La valoración correcta de tal prueba, sin los errores alegados, enseña que la conducta del acusado no se ajustó al ejercicio legítimo del derecho de corrección.

Solicita casar la sentencia para reparar el agravio inferido y dejar en firme la condena.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Recurrentes.

1.1 Fiscalía General de la Nación.

La Delegada del ente acusador, solicita casar la sentencia debido a la configuración de las causales de casación alegadas

en la demanda de la Fiscalía como en la de la representante del Ministerio Público.

En relación con el primer cargo, común a las dos demandas, violación directa por interpretación errónea de los artículos 229 y 9 del Código Penal, al dar un alcance diferente al delito de violencia intrafamiliar tal y como se puede apreciar en el fallo, según el cual las lesiones en el rostro de la menor obedecieron a su comportamiento agresivo y grosero, por lo que no existía claridad en la tipicidad de la conducta atribuida al acusado.

A esta conclusión llegó el fallador luego de estudiar el derecho de corrección de los padres; sin embargo, desconoció el alcance dado por la Sala concretamente en la delimitación de dicho poder correccional, decisión de febrero de 2018, rad. 46675, en la que aborda el concepto de maltrato infantil previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, destacando la inclusión en él de las expresiones castigo físico y psicológico y en general toda forma de maltrato.

De igual modo el fijado por la Corte Constitucional en el fallo C-731 de 1994, paradójicamente citado en la sentencia, en el que concluyó que en relación con el derecho de corrección no puede apelarse a ninguna forma de maltrato físico o moral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política.

No es posible entonces acudir al criterio del riesgo permitido de la imputación objetiva para explicar las lesiones

cometidas en menores producto del ejercicio de corrección de los padres, pues tales acciones se encuentran excluidas y configuran por definición el maltrato infantil. Corolario de lo anterior, el Tribunal desconoció que el acto de violencia, que eufemísticamente trata de una bofetada, conllevaba a la inevitable conclusión de que se trataba de una conducta que se adecúa a la descripción típica del artículo 229 del Código Penal.

Establecida la magnitud de las lesiones, el Tribunal debió, a partir de lo señalado por esta Sala en decisión del 20 de marzo de 2019, rad. 46935, con el objeto de establecer si se había lesionado efectivamente el bien jurídico de la familia y no el de la integridad personal, remitirse al tipo penal. En ese fallo, se establecen algunos elementos de ponderación que en la sentencia atacada no son analizados.

Entre ellos, las características de las personas involucradas, la vulnerabilidad concreta del sujeto pasivo, la dinámica de las condiciones de vida, la probabilidad de repetición del hecho, además de la naturaleza de los actos calificados de maltrato que, dicho sea de paso, llevaron a una incapacidad médico legal de siete días, conforme se establece con las declaraciones de la menor y de su señora madre.

Bajo tales consideraciones, la recurrente considera que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 229, razón por la cual el cargo debe prosperar.

Respecto del segundo cargo por error de falso raciocinio que coincide con el tercero de la demanda del Ministerio Público, encuentra configurada la causal al evidenciar que el Tribunal realizó una indebida valoración probatoria, al valorar aisladamente los testimonios de G.F.D, Claudia Margarita Díaz Chacón, Heinner Misas Parrado y Giovanna Lisa Tarallo Romo, y no en el contexto del suceso fáctico.

Así mismo, las lesiones encontradas en la menor corresponden con lo narrado por esta, mientras el ad quem dejó de aplicar máximas de la experiencia como la tendencia de la persona a aminorar la gravedad de la conducta ante la amenaza de la sanción penal y restó credibilidad a la versión de la víctima, pese a hallarse corroborado por otras pruebas testimoniales.

Por estos motivos, considera demostrado el cargo.

Ahora bien, el cargo dos de la demanda del Ministerio Público por falso juicio de identidad también está llamado a prosperar, porque el Tribunal omitió apreciar la totalidad del contenido de la prueba, como ocurre con las declaraciones de la perito, a partir de la cual, establece las distintas lesiones padecidas por G.F.D, y del vecino Misas Parrado, al que el Tribunal atribuye una afirmación que no hizo.

1.2 Ministerio Público.

Luego de aducir a su doble rol en virtud de la demanda interpuesta por la delegada de la Personería y a los sustentos

del fallo absolutorio, el representante del Ministerio Público expresa que los cargos propuestos no tienen vocación de prosperidad, la interpretación del Tribunal acerca del delito de violencia intrafamiliar se ajusta a los elementos de la figura típica, mientras la valoración de la prueba se halla acorde con los principios que rigen la sana crítica.

2. No recurrentes.

2.1 Defensa.

Al oponerse a las pretensiones de la Fiscalía, el defensor del acusado pide no casar el fallo impugnado por encontrar sólida y reflexiva su fundamentación, estar sustentado por el Tribunal en su conocimiento pleno del tema debatido, en la interpretación correcta de la ley sustancial, en la valoración probatoria ajustada a la sana crítica y en doctrina pertinente que responde a los planteamientos expuestos en el juicio oral.

El bien jurídico de la armonía y de la unidad familiar no fue lesionado, al probarse con la versión de la menor, de su progenitora como con la del acusado, que han sido ellas quienes desde tiempo atrás con sus palabras y acciones y omisiones, han estado determinadas a romper y destruir el concepto de familia y los vínculos en que esta se fundamenta como estructura esencial de una sociedad.

Destaca que las recurrentes dan a entender que por la sola afectación de la integridad física el bien jurídico fue

vulnerado y se estructura el tipo penal de la violencia intrafamiliar, lo cual es equivocado.

Ha sido el acusado quien ha velado por mantener la armonía y la unidad familiar, a la que siempre se ha opuesto la madre impidiéndole establecer con la menor una relación de cercanía que la ayude a la formación de su autoestima y de una imagen positiva de sí misma, entregándole bases para la construcción de una personalidad libre y equilibrada que le permita desenvolverse en sociedad y tener éxito en el futuro.

De ello infiere que en el ejercicio del derecho de corrección no existió ánimo alguno de ofender el bien jurídico o de lesionar a su hija, cuando el acusado lo único que ha hecho es buscar la convivencia pacífica dentro de un proyecto de familia que la madre siempre ha querido destruir.

A su juicio, lo sucedido ese día obedece a un plan de la madre y de su hija, según puede deducirse de lo declarado por esta, de haber acudido a la psicóloga para manifestar el miedo de encontrarse con su padre y de portar un celular escondido para comunicar a su progenitora el desarrollo de los hechos.

Concluye señalando, con apoyo en los testigos de la fiscalía, que la tipicidad objetiva no encontró demostración al manifestar que ese día no vieron que en la cara o miembros la menor presentara lesiones, mientras aquella desistió de presentar el dictamen practicado a G.F.D el día 21 de febrero

de 2015, renuncia que dejó sin efecto la acusación, allegando un segundo practicado tres días después carente de eficacia probatoria al obedecer a un auscultación sexológica por un presunto abuso que no existió.

Adicionalmente la actividad desarrollada por la policía evidencia que no hubo la comisión de delito alguno, cuando permitieron al acusado irse del lugar en vez de privarlo de su libertad.

Bajo la idea preconcebida de la menor de no querer ir con su padre y la acusación a la madre de destruir la unidad familiar, incluso denunciando hechos de los cuales ha tenido que retractarse, el defensor concluye su intervención solicitando no casar la sentencia.

2.2 Representante de la víctima.

Inicia manifestando que coadyuva las alegaciones de la Fiscalía, para enseguida referirse al concepto de maltrato infantil contemplado en el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia y observar que en la sentencia se dice con fundamento en el artículo 262 del Código Civil que el acusado tenía el derecho de corrección, por lo cual no le era imputable el resultado de su conducta.

Agrega que las lesiones padecidas están probadas, al ser interrogada la forense y precisar que las lesiones determinadas en el segundo dictamen corresponden con las descritas en el primero, mientras que la prueba testimonial,

al contrario de lo indicado por el Tribunal, no revela una simple cachetada sino la existencia de una conducta constitutiva de maltrato.

Y no se enmarca en el derecho de corrección que asiste al padre en relación con su hijo, porque no se trató de una sanción moderada como lo demuestra la incapacidad de siete días que generó a la menor el castigo de su progenitor, sino de un comportamiento abusivo de poder configurativo de violencia frente a una niña que en estado de shock estaba incapacitada para controlarse.

CONSIDERACIONES

1. Violación directa de la ley sustancial.

En el cargo formulado como primero en las demandas de la Fiscalía y del Ministerio Público, sustentado en que el Tribunal interpreta erróneamente el artículo 229 del Código Penal, se proponen dos temas: i) el derecho de corrección y ii) el bien jurídico tutelado por dicho tipo penal. La Sala en su orden dará respuesta a cada uno de ellos, con independencia de las falencias que puedan presentar en su demostración.

1.1 El derecho de corrección.

Para las demandantes, lo probado no corresponde al ejercicio de la acción de corrección del padre frente a su hija, sino a un acto de violencia irrazonable y desproporcionado

del acusado, constitutivo de maltrato y ajeno a su poder correccional.

Para el Tribunal *“Desde la perspectiva dogmática, amén de las consideraciones finales que adelante se presentan, debe concluir que el comportamiento del procesado fue realizado en el ámbito de sus competencias, como padre educador y corrector, de modo que si bien entre la acción ejecutada y las lesiones existe un vínculo o atadura causal, el resultado no le es imputable objetivamente porque es consecuencia propia de un accionar dentro del ámbito propio de las relaciones sociales, es decir, no se excedió el riesgo permitido en la actividad disciplinaria que la ley le confiere a los padres”*¹.

Razón tienen las casacionistas, porque el daño corporal que el acusado infligiera a su hija no se justifica ni está autorizado por el derecho de corrección.

La Ley 294 de 1996 expedida con el objeto de desarrollar el artículo 42 inciso 5o de la Carta Política, para ofrecer un tratamiento integral a las diferentes modalidades de violencia en la familia, con el fin de asegurar a ésta su armonía y unidad, tipificó en su artículo 22 el delito de violencia intrafamiliar, al disponer que *“El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años”*.

¹ Sentencia de segunda instancia numeral 153, página 60.

El tipo penal en sus sucesivas reformas excluyó de la descripción típica el maltrato sexual como una de sus modalidades y aumentó la pena cuando la conducta recae sobre ciertas víctimas o estas se encuentran en determinado estado²; incrementó la punibilidad y la extendió al que, no siendo miembro del núcleo familiar, es encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia³.

En la última reforma, agrava la pena cuando el sujeto pasivo de la acción es un adolescente, ordena fijar la pena dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad cuando el acusado tiene antecedentes por este mismo delito, entre otros, en los diez años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho, y pune a quien sin ser parte del núcleo familiar ejecuta la conducta sobre determinadas personas⁴.

No obstante, en lo sustancial la descripción y estructura típica continúa siendo igual. Esto es, conserva su carácter subsidiario y sanciona al que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar. Así el verbo rector, la clase de maltrato y el bien jurídico de la unidad y armonía familiar son los mismos.

Ahora bien, en nuestro derecho interno el derecho de corrección derivado de la obligación de los padres del cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos⁵, está

2 Ley 882 de 2004, artículo 1°.

3 Leyes 1142 de 2007, artículo 33; y 1850 de 2017, artículo 3°.

4 Ley 1959 de 2019, artículo 1°.

5 Código Civil, artículo 253.

contemplado en el artículo 262 del Código Civil, modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974⁶.

Este mandato legal señala que *“los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”*.

En ejercicio de este derecho, los padres están facultados para adoptar pautas, fijar normas de conducta a sus hijos e imponerles sanciones en el caso de que en su proceso de formación y desarrollo no las acaten o se aparten de ellas.

En el sentido del precepto, la sanción pretende que los padres puedan corregir a los hijos por su culpa o errores cometidos, imponiendo sanciones racionales y razonables respetuosas de la dignidad humana.

La autorización para sancionar no comprende aquel castigo que causa daño corporal o psicológico al hijo por su incorrección, sino la imposición de medidas que sin comprometer sus derechos fundamentales ayuden a su desarrollo en todos los aspectos de su formación personal, intelectual, moral, social y familiar.

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la expresión *“sancionarlos moderadamente”*, consideró que

⁶ En España, cuya jurisprudencia cita de manera profusa el Tribunal, la reforma del artículo 154 del Código Civil en 2007, introdujo un inciso en el que la patria potestad debe ejercerse con respeto de la "integridad física y mental" del hijo.

el castigo no puede contemplar la violencia física o moral, sino otra especie de reproche que contribuya a la educación de los niños o jóvenes y no afecte sus derechos fundamentales.

“La sanción es un género que incluye las diversas formas de reproche a una conducta; la violencia física o moral constituye apenas una de sus especies, totalmente rechazada por nuestro ordenamiento constitucional. Otras, en cambio, en cuanto están enderezadas a la corrección de comportamientos y, en el caso de los niños y jóvenes, a su sana formación, sin apelar a la tortura ni a la violencia, se avienen a la preceptiva constitucional, pues no implican la vulneración de los derechos fundamentales del sujeto pasivo del acto”⁷.

De otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño propende por la adopción de medidas legislativas, entre otras, apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo⁸.

⁷ CC, C-371/94.

⁸ Artículo 18, numeral 1. Dicho instrumento internacional fue ratificado mediante la Ley 12 de 1992 y es vinculante en el orden jurídico interno.

Así mismo, el artículo 42 de la Carta Política expresa que cualquier forma de violencia en la familia es destructiva de su unidad y armonía y debe ser sancionada, mientras el 44 de la misma Carta, protege a los niños de toda forma de violencia física o moral y el 12 prohíbe los tratos inhumanos o degradantes.

En consonancia con las disposiciones anteriores, el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra el derecho de los niños a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen daño o sufrimiento físico, y en especial contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres o de sus representantes legales.

Bajo tal plexo normativo y jurisprudencial, los padres al corregir a los hijos no pueden hacerlo acudiendo al castigo físico para reprenderlos por sus faltas y errores o imponer su autoridad, en ejercicio de él deben preferir las sanciones que contribuyan a su proceso de formación y garanticen su desarrollo armónico, integral y el ejercicio pleno de sus derechos conforme con los fines constitucionales y el interés superior del niño, sobre aquellas que al causar dolor y sufrimiento generan mayor violencia.

“De tal manera, el derecho de corrección que tienen los padres respecto del hijo menor no tiene un carácter absoluto, pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño. Es así como el derecho de

corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la Constitución”⁹.

El derecho de corrección que la ley reconoce a los padres no es arbitrario ni absoluto, su ejercicio por el padre no tiene finalidad distinta de la de educar y formar al hijo, mediante sanciones moderadas cuando sean necesarias para reconvenirlo por sus actos contrarios a ese fin, sin comprometer su integridad física o moral.

Desde luego, los padres no han perdido la facultad de ejercer la autoridad, sino que en bien del hijo esta debe estar desprovista de toda forma de maltrato, la persuasión y las razones para inducirlo a hacer algo o abstenerse de hacerlo, legitima la potestad para ejercerla sobre la que se aplica con arbitrariedad.

“De ahí que el padre de familia obra contrariamente a derecho cuando movido por la iracundia aplica un castigo desproporcionado, anulando la razonabilidad de la corrección. De ello lo que resulta no es la adecuada formación del hijo, sino una reacción de incomprensión de éste hacia la medida arbitraria determinada por un acto pasional. La corrección paterna no puede ser otra cosa que un

⁹ CC, C-1003/07.

acto adecuado, es decir, proporcionado a la gravedad de la falta, sin llegar jamás a constituirse en lesivo a la integridad o la dignidad del hijo, como persona humana. El exceso de rigor, al no ser proporcionado, es un acto generador de violencia, y por tanto carece de justificación alguna"¹⁰.

¿Entonces el derecho a reprender o corregir, permite al padre propinar una bofetada, cachetada o azote al hijo como parte del deber de educarlo? La Sala considera que no. Ello, por varias razones. La sanción moderada establecida en la ley civil no autoriza la corrección del hijo mediante el castigo corporal o moral. La Convención sobre los Derechos del Niño lo protege del abuso físico o mental y los malos tratos. La Constitución Política, también lo ampara de toda forma de violencia física o moral. Y, la sanción tiene un límite: el interés superior del niño.

Desde esta perspectiva el comportamiento desobediente del hijo o del que incurre en una falta, no justifica ni avala su maltrato. El deber de educar y formar de los padres, como derivación de la custodia y patria potestad, no los autoriza a imponer a sus hijos castigos corporales o morales ni justifica su conducta cuando lo hacen, por ser contrarios al ordenamiento jurídico.

Menos puede ser aceptable el castigo, cuando es fruto de la ira provocada por la actitud del hijo ni de la incapacidad

10 CC, T-123/94.

del padre por hacer prevalecer su autoridad frente a su descendiente que la desafía, motivos aducidos por el ad quem para concluir que quien así lo hace obra en ejercicio del derecho a corregirlo. Así lo dijo:

“Sin duda una lesión como la aquí ocurrida puede, en un contexto general, tomarse como un acto de violencia; sin embargo, los relatos de los testigos presenciales y de la propia menor, que dan cuenta de su actitud rebelde y desafiante, llevó a desatar un grado de enojo en su padre, quien al verse impotente para calmarla por sus gritos y llamados de auxilio, procedió a corregirla, de acuerdo con los límites y proporcionalidad que la situación ameritaba, en la medida que la menor no atendía las órdenes impartidas se hizo necesario reprenderla y someterla a las reglas mínimas de buen comportamiento”¹¹.

La Sala no puede prohiar tal conclusión frente a la conducta asumida por GFD, la persuasión y el diálogo suelen ser más efectivos y eficaces que una autoridad impuesta por la fuerza al influjo de las emociones. El acto rebelde y desafiante del hijo no es legítimo enfrentarlo con la violencia.

“Además, la impulsividad no puede justificar la violencia como componente de las relaciones familiares, porque aquélla, con mucha frecuencia, tiene lugar, precisamente, por la falta

11 Sentencia de segunda instancia, numeral 139, página 56.

de actuaciones reflexivas que permitan vislumbrar el grave perjuicio que se ocasiona a la familia con los tratos violentos”¹².

Lo socialmente aceptado, sin discusión alguna, es que los padres velen por el desarrollo integral y la educación de sus hijos, pero la autorización legal para que en el marco de ese deber y obligación impongan pautas y sanciones para lograrlo, no permite que estas configuren abusos y maltratos que atenten contra su integridad y dignidad como personas humanas.

El Tribunal da por probado que el acusado “abofeteó” a su hija causándole lesiones superficiales en su rostro, siete días de incapacidad, conducta que considera amparada en su “derecho de corrección”, realizada dentro del ámbito de sus competencias, como padre educador y corrector. Por esta razón, estima que no hay claridad sobre la tipicidad del comportamiento ejecutado.

“Todo lo anterior permite concluir que, en el presente asunto, la conducta de RAÚL FERNÁNDEZ ZAFRA se amparó en su derecho de corrección, sin que pueda enmarcarse como acción dentro del contexto de violencia familiar, por lo que procedente resulta revocar el fallo de instancia y, consecuentemente, absolverlo del cargo de violencia intrafamiliar agravada”¹³.

12 CSJ, SP 6 may 2020, rad. 50282.

13 Sentencia de segunda instancia numeral 152, página 60.

Conforme con lo anterior, el ad quem erró en la interpretación del tipo penal, al concluir que el acusado estaba autorizado a sancionar a su hija mediante el castigo corporal, causándole una incapacidad de siete (7) días.

El derecho de corrección del acusado no autoriza el daño a la integridad física de su hija GFD.

1.2 El bien jurídico.

Frente a las lesiones personales causadas a la menor, las recurrentes consideran que el ad quem debía remitirse al tipo penal de la violencia intrafamiliar con el fin de determinar la lesión del bien jurídico de la familia y no el de la integridad personal, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte en su providencia del 20 de marzo de 2009, rad. 46935, en la que fijó factores de ponderación desconocidos en el fallo atacado.

La Constitución Política de 1991, consagra un amparo especial a la familia al tenerla como núcleo fundamental de la sociedad, establecer que esta y el Estado son garantes de su protección integral y sancionar toda forma de violencia en ella, por considerarla destructiva de su armonía y unidad.

En virtud de tal mandato constitucional, se expidió la Ley 294 de 1996, a partir de la cual se empieza a legislar para prevenir, remediar y sancionar la violencia en la familia, cuyo propósito no era otro que el de dar un tratamiento integral a sus diferentes modalidades para asegurar su armonía y unidad.

En este sentido, el bien jurídico desde la consagración del tipo penal de violencia intrafamiliar es el de la armonía y la unidad familiar, al propender que entre los miembros del núcleo familiar haya amistad y buena correspondencia, unión y concordia, así como en los objetivos perseguidos por la familia.

“Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de núcleo familiar resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar”¹⁴.

Desde esta perspectiva, los intereses de sus miembros han de confluir hacia la unidad y armonía familiar, por lo que el legislador espera al sancionar cualquier forma de violencia contra uno de sus integrantes, preservar el bien jurídico de la que considera núcleo fundamental de la sociedad, mientras su protección, necesaria, contribuye a su desarrollo, al de la comunidad y al del Estado.

En consecuencia, no lesiona ni pone en riesgo dicho bien jurídico, el integrante del núcleo familiar que por el contrario busca preservarlo a pesar de las razones que conllevaron a la ruptura de la vida familiar y procura mantener el trato y la unión con los que siguen siendo parte

14 CSJ SP, 7 jun. 2017, rad. 48047.

de él. El ámbito de protección de la norma no puede extenderse a situaciones problemáticas de esta naturaleza. Así lo entendió el Tribunal cuando dijo:

“Sin duda esa actitud hizo que el padre acudiera a la fuerza física para lograr que dejara lo que él llamó o denominó una “pataleta”, hecho que en modo alguno puede enmarcarse como un acto que buscara la destrucción de su núcleo familiar, su derecho como padre a corregirla no vulnera la unidad familiar, pues sus intentos eran por calmarla y lograr que ella accediera a pasar el fin de semana, como había sido dispuesto por orden judicial”¹⁵.

Ahora bien, quien invoca su protección debe estar dispuesto a hacer patente que sus actos buscan conservar la buena correspondencia y concordia entre los familiares debido a los lazos parentales, están dirigidos a que la unidad y armonía perdure porque sirve a su interés y al del grupo familiar del cual hace parte.

Por supuesto que esta no fue la actitud de la menor. Desde la noche anterior estaba predispuesta a no compartir con su padre. Este, debido al régimen de visitas establecido judicialmente por la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico con su esposa, esperaba hacerlo ese fin de semana, para lo cual acudió a recogerla a la residencia donde su madre acostumbraba a dejarla con ese propósito.

¹⁵ Sentencia segunda instancia numeral 147, pág. 59.

El ad quem advirtió de las declaraciones de la menor *“la ruptura del núcleo familiar”*, el rompimiento de la relación con una de sus hermanas, la intención de eludir la visita de su padre, argumentando no sentirse bien en compañía de él debido a los regaños constantes y la poca paciencia que tenía con ella.

Esto es, que mientras el padre procuraba la integración y buscaba, a pesar del divorcio, mantener el contacto con su hija, ella la rechazaba, incumpliendo no solo la obligación de compartir periódicamente con él y sus otras hermanas, sino llevando al acusado, en medio de su frustración, a obligarla a acompañarlo prevalido de la fuerza ante el desafío a su autoridad.

En tales circunstancias, el padre propiciando la unidad y propendiendo mantener la armonía familiar, y la hija, con o sin razón, oponiéndose a ella. La conducta del acusado en tal sentido no lesiona el bien jurídico objeto de tutela penal, porque este caso particular no afecta la unidad y armonía familiar que no existía para ese momento, no obstante los vínculos parentales existentes, dada la manifiesta voluntad de la menor de no querer nada con su padre, exteriorizada tanto en los actos reseñados en la sentencia, como en sus manifestaciones igualmente reproducidas en esta, tales como, *“y si piensan que lo quiero, no”*, *“ah sí, es mi papá, pero de que yo sienta amor por él, no, uyy, no podría”*¹⁶.

16 Página 52.

Conducta deliberada de la menor, que esa mañana en desarrollo de una cita con la psicóloga¹⁷, a pesar de haber sido aconsejada por esta para “*que le manifestara al papito con todo respeto que no quería salir*”, tan pronto como arribó el acusado a recogerla corrió a refugiarse en uno de los baños del apartamento, encerrándose, gritando y manifestando no querer irse con él.

La insistencia del acusado y la renuencia de la menor propició recriminaciones mutuas, cuando ésta creyendo que su padre se había marchado salió del baño encontrándolo recostado en la cama esperándola, que terminaron con la bofetada propinada por FERNÁNDEZ ZAFRA a GFD, porque esta, según él, lo habría agredido y para calmarlo que llamó “*pataleta*” de su hija.

El acusado enseguida sujetó a su descendiente por uno de sus brazos sacándola del apartamento, pero esta se agarró de una reja de la portería, momento en el que Heiner Misas Parrado, ante sus llamados de auxilio, intervino llamando la policía.

Esto es, que mientras el acusado dice haber respondido a la agresión de su hija, quien le lanzaba patadas alcanzando a pegarle en sus testículos, esta desafiaba su autoridad.

En el anterior contexto, no se equivoca el Tribunal cuando interpreta que los hechos correspondieron a un

17 Página 54

altercado en el que el bien jurídico no resultó afectado, pues las evidencias indican que el acusado perseguía propiciar y mantener la unión y armonía familiar con su hija, rota de antemano por los sentimientos y actitudes de la menor hacia su padre.

“Además de todo lo reseñado, en el sub examine la Sala no evidencia que el bien jurídico tutelado -unidad familiar-, hubiese sido afectado por el resultado objetivo conocido. La acción revelada en el juicio oral, como tal no alcanza un grado de desvalor que permita ser calificada de grave atentado que lleve a producir alarma social, máxime cuando existen diversos mecanismos alternos para solucionar este tipo de conflictos, pues lo visto es que se trató de un altercado entre padre e hija, quien se negaba a atender las órdenes que le eran impartidas”.

“Igualmente, en tanto todo el sistema jurídico debe interpretarse y aplicarse con estricto acatamiento del principio de proporcionalidad, que para el caso implica necesidad de la intervención, adecuación de la misma a los fines del Estado y la propia proporcionalidad en el supuesto concreto, nada aporta a la construcción de una sociedad justa la imposición de una pena privativa de la libertad a una persona que ejecutó una acción sin el ánimo de causar

daño en la salud de la menor ni de romper la unidad familiar”¹⁸.

El cargo no prospera.

2. Error de hecho por falso raciocinio

2.1 La Fiscalía acusa al Tribunal de incurrir en ese vicio al valorar las declaraciones de G.F.D, Claudia Margarita Díaz Chacón, Heinner Misas Parrado, Giovanna Lisa Tarallo Romo, Lucelly Guevara y del acusado FERNÁNDEZ ZAFRA, al desconocer que las inconsistencias o contradicciones son relevantes cuando recaen en el “núcleo esencial” del testimonio.

En su opinión debió considerarlas insustanciales o marginales, porque en este caso versan sobre aspectos irrelevantes que no afectan la credibilidad de dicha prueba.

En este sentido, expresa que mientras el ad quem desestima las de GFD y Díaz Chacón al inferir de estas la existencia de una trama para separar al acusado de su hija, la Fiscalía demuestra su consistencia y coherencia en su contenido esencial, y con ellas, corrobora el entorno en que se desarrolló el suceso y acredita la violencia ejercida por el acusado en la menor.

18 Página 63.

Sin embargo, la demandante limita su actividad a reproducir parte de ambas versiones que probarían la existencia del maltrato, sin concretar en qué consistió el error de raciocinio en la construcción de la inferencia que llevó al Tribunal a restarles credibilidad.

Así mismo, aduce la alteración del testimonio de Heinner Misas Parrado al afirmar el Tribunal en la sentencia que éste miró a la niña y no le vio marcas o huellas, pues el citado manifestó que no la observó con ese fin por estar pendiente únicamente de la llegada de la policía, aspecto este que carece de trascendencia en la medida que el ad quem da por probado que la menor GFD fue lesionada¹⁹.

Enseguida reproduce parcialmente la declaración de la forense Giovanna Lisa Tarallo Romo, hace expresa referencia al interrogatorio de la testigo en relación con las lesiones, objeto con el que fueron causadas, su correspondencia con la versión de la menor y el conocimiento que tuvo del primer reconocimiento médico, en orden a criticar al ad quem cuando señala la falta de claridad del dictamen.

Frente a este medio de conocimiento no acredita el error ni señala en qué consiste, siendo insuficiente la crítica de la impugnante a la sentencia cuando el ad quem reprocha a la menor “*magnificar lo sucedido*” por la animadversión hacia su padre, al considerar probado que este al abofetearla le

19 Página 37.

causó dos lesiones en el lado izquierdo del rostro, ya que GFD no presentó otras heridas de consideración.

Por lo demás, la casacionista procede luego a hacer un recuento de lo manifestado por Lucelly Guevara Solarte en su declaración, de los pormenores de su desarrollo y de la necesidad de utilizar la entrevista para refrescar memoria, de quien dice es una testigo hostil, y termina señalando que, al demostrar la relación de subordinación con el acusado, su testimonio es mendaz y parcializado.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente advertir que, en vez de evidenciar un juicio de raciocinio equivocado del fallador al valorar dicho testimonio, la libelista adelanta su análisis respecto de lo que la testigo habría dicho, la aptitud de esta en la declaración y su vínculo con el acusado, que supuestamente afectan su credibilidad.

Ceñida al procedimiento seguido con las versiones reseñadas, la libelista hace un resumen de la del acusado FERNÁNDEZ ZAFRA, incurriendo en el mismo defecto observado en relación con las demás, al no precisar el error de raciocinio que atribuye al Tribunal en la apreciación de este testimonio y de los anteriores.

En fin, la generalización con la que cuestiona al juez de segunda instancia por aseverar que la prueba testimonial mencionada ofrece contradicciones sustanciales o relevantes, las que en sentir de la recurrente se encuentran

sustentadas en situaciones accidentales sin incidencia en su núcleo esencial, es una afirmación sin comprobación alguna.

En efecto, basta señalar que, por ejemplo, de la lectura pormenorizada de la sentencia, por el contrario, se desprende que el Tribunal en las numerosas ocasiones que se refirió al testimonio de la menor, siempre avaló su relato sin desacreditar su credibilidad o ponerla en duda aduciendo contradicciones “*relevantes*” y “*serias*”.

La única reconvención a la versión de GFD es la de “*magnificar las lesiones*”, al cotejarla con lo dictaminado por la forense:

“La versión de GFD y su progenitora CLAUDIA MARGARITA DÍAZ CHACÓN, referente la magnitud de las lesiones y el contexto en el que ocurrieron se desdibuja con el segundo reconocimiento médico practicado a la víctima, pues contrario a sus afirmaciones de haber sido golpeada muchas veces en el rostro, miembros inferiores y superiores, agarrada por el cuello con fines de ahorcamiento, solo se evidenció que presentaba tres lesiones : (i) una equimosis de 1 cm en la región palpebral inferior izquierda, (ii) una excoriación lineal superficial de 2.5 cm en la mejilla izquierda y (iii) una equimosis de 2.5 en la cara anterior del muslo derecho, por lo que

*resulta fácil colegir que en efecto el padre abofeteó a la menor, como lo reconoce*²⁰.

2.2 El Ministerio Público en el cargo tercero de la demanda, igualmente atribuye al ad quem el mismo error, al acusarlo de no haber apreciado en su conjunto las pruebas y con sujeción a las reglas de la sana crítica.

A su juicio, existen “*varias situaciones*” alejadas de la lógica y máximas de la experiencia, cuando al analizar los testimonios de la menor y su progenitora concluye que “*aumentaron la magnitud de lo sucedido*”.

En su opinión, lo que demuestra la prueba no es animadversión sino miedo de la hija con su padre, tal como puede inferirse de lo declarado por la psicóloga María Teresa Vargas.

Aun cuando la casacionista, estima acreditado el error de raciocinio en su afirmación general sobre la inobservancia de las reglas de la sana crítica y de la valoración conjunta de la prueba, lo cual constituye simplemente un enunciado, lo cierto es que el sentimiento que GFD pudo sentir o tener respecto del acusado carece de trascendencia en el sentido del fallo atacado.

La razón por la cual el Tribunal considera que el padre obró en ejercicio del derecho de corrección, no está fundada

20 Sentencia segunda instancia, numeral 115 página 43.

en ninguna clase de estado afectivo de la menor, sino en su conducta adoptada de antemano, de no querer compartir con él ese fin de semana en obediencia al régimen de visitas establecido judicialmente.

“sin embargo, los relatos de los testigos presenciales y de la propia menor, que dan cuenta de su actitud rebelde y desafiante, llevó a desatar un grado de enojo en su padre, quien al verse impotente para calmarla por sus gritos y llamados de auxilio, procedió a corregirla, de acuerdo a los límites y proporcionalidad que ameritaba la situación. En la medida en que la menor no atendía las órdenes impartidas se hizo necesario reprenderla y someterla a las reglas mínimas de buen comportamiento”²¹.

En este sentido, los motivos del acusado para “corregirla”, aducidos por el Tribunal no dependen del miedo como lo entiende la libelista ni tampoco de la animadversión de la menor hacia su padre, sino de la “pataleta” urdida con el fin de evitar compartir el fin de semana, como lo concluyera el ad quem: *“sin duda esta actitud hizo que el padre acudiera a la fuerza física para lograr que dejara lo que él llamó o denominó una “pataleta”.*

Desde esta perspectiva carece de relevancia el juicio de la libelista acerca del sentimiento de la menor por oposición al señalado en la sentencia atacada. Además, tal opinión está

²¹ Sentencia de segunda instancia, numeral 139 página 56.

sustentada en su criterio acerca de lo que revela la prueba y no en el error alegado en la censura.

En lo que tiene que ver con la agresión, la cual según el Tribunal la madre y menor quisieron engrandecer, basta con advertir a la demandante que la conclusión del fallador en la sentencia no resulta contradictoria, porque finalmente termina reconociendo que las mismas causaron a GFD una incapacidad de siete días.

En realidad, el ad quem quiso significar que por su ubicación no corresponden con el relato de la joven citado en el fallo y lo dictaminado por la forense; para nada discute la existencia y el daño causado como lo sugiere la recurrente.

Desde esta perspectiva, tampoco acierta en mostrar el falso juicio de intelección del Tribunal, con la sola afirmación de que la sentencia le otorga mayor credibilidad a los testigos de la defensa, como tampoco entiende la clase de lesión que el acusado debía causar a su hija para considerar configurada la violencia intrafamiliar.

Estas réplicas, no dejan de ser apreciaciones de la casacionista, se insiste, de lo que revelaría los medios de conocimiento y no la acreditación de errores de raciocinio, de ahí que pretenda construir una regla de la experiencia a partir de lo manifestado por la vecina del apartamento en donde fuera dejada la menor y por la empleada que le acompañaba, para mostrar con ella que la situación no era normal.

Esta consideración es irrelevante frente a lo concluido en el fallo atacado, porque en ninguna parte de él se afirma que los hechos ocurridos esa mañana eran normales; por el contrario, se reconoce las lesiones padecidas por la menor y la actuación del acusado, la que el Tribunal justifica a partir de razones distintas a las de la demanda.

Por lo demás, la magnitud o tamaño de las lesiones no son decisivas en la solución del caso, toda vez que la absolución del acusado no se sustenta en el grado del “*daño físico*” sino en el derecho de corrección, al amparo del cual no sería punible, y en el bien jurídico que no habría sido vulnerado por la ruptura anterior del núcleo familiar.

Tratándose de opiniones divergentes de la recurrente, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

3. Falso juicio de identidad.

En la demanda del Ministerio Público se propone como cargo segundo esta modalidad de error de hecho, bajo la acusación de que el Tribunal tergiversa y distorsiona los testimonios de la perito Giovanna Lisa Tarallo Romo y de Heinner Misas Parrado.

En su criterio, el fallo de segunda instancia distorsiona lo manifestado por Tarallo Romo en relación con la clase, magnitud y localización de las lesiones presentadas por la menor, para lo cual confronta lo dicho por el Tribunal y lo aseverado por la citada perito.

Es preciso aclarar que no se trata de un supuesto de tergiversación de la prueba por alteración de su contenido material, toda vez que la afirmación del fallador según la cual *“no se pudo establecer qué tipo de lesiones, la magnitud de las mismas ni las conclusiones”* del primer forense, está fundada en el hecho de no haber comparecido a juicio este, pero no en lo manifestado por Giovanna Lisa en el juicio oral con fundamento en tal reconocimiento.

Si el ad quem hubiera desconocido lo declarado por la perito no habría afirmado, como lo hizo, que la menor *“presentaba tres lesiones : (i) una equimosis de 1 cm en la región palpebral inferior izquierda, (ii) una excoriación lineal superficial de 2.5 cm en la mejilla izquierda y (iii) una equimosis de 2.5 en la cara anterior del muslo derecho”* y, que éstas, le ocasionaron una incapacidad de siete (7) días.

Y en cuanto a la acusación de haber distorsionado la versión de Heiner Misas, al señalar el Tribunal que este testigo no observó lesiones en la menor el día de los hechos, en realidad lo dicho en la sentencia por el ad quem, es que aquel *“confirmó la ausencia de lesiones en la menor a primera vista”*, lo cual no descarta que existieran.

Si no fuera este el sentido, la sentencia no hubiera dado por probado el número de lesiones, su clase e incapacidad generada a la menor.

Admitiendo con la recurrente que tal afirmación no era posible hacerla con sustento en la declaración de Misas

Parrado, porque el declarante jamás dijo haberse detenido a mirar si la menor tenía marcas o huellas por estar pendiente únicamente de la llegada de la policía, tal adición del testimonio en ese aspecto resulta irrelevante.

Que no sea igual mirar a no mirar para observar la presencia de lesiones en el cuerpo de la menor, ninguna trascendencia tiene en el sentido del fallo como quiera que, con lo dictaminado por la forense, está probado el daño corporal y sus consecuencias, tal como lo admite el Tribunal.

Añade que el Tribunal interpretó erróneamente el bien jurídico, al concluir con apoyo en la prueba testimonial que los lazos afectivos entre padre e hija se hallaban rotos, argumentación que corresponde a la apreciación personal de la demandante y no al error alegado en esta censura.

En vista de lo anterior, el cargo no prospera.

4. Casación Oficiosa.

Finalmente, el daño corporal, causado a la menor por la bofetada propinada por su padre, sería constitutivo de lesiones personales y no de violencia intrafamiliar. Debido a ella, le fue dictaminada una incapacidad de siete (7) días.

La Sala observa, en todo caso, que la degradación de la conducta, admisible en el sistema jurídico vigente, no tiene consecuencia alguna para el acusado, por haber acaecido el

fenómeno prescriptivo de la acción penal en relación con el delito contra la integridad personal de GFD.

En efecto, conforme al inciso 1º del artículo 112 del Código Penal la pena máxima prevista para la conducta es treinta y seis (36) meses de prisión, que incrementados en la mitad al tenor de lo previsto por el 119 del mismo estatuto, arroja un límite superior igual a cincuenta y cuatro (54) meses.

En los términos del inciso segundo del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, habiéndose interrumpido la prescripción con la formulación de la imputación, la acción penal fenece en el término de tres (3) años.

Formulada la imputación el 9 de septiembre de 2015 la acción penal prescribió el 9 de septiembre de 2018, fecha para la cual no había sido proferido el fallo de segunda instancia (emitido el 12 del citado mes y año).

En este caso, el Tribunal estaba impedido para dictar la sentencia, bajo el entendido de que la conducta por la cual procedía la declaratoria de responsabilidad penal se adecuaba al tipo penal de lesiones personales.

En estas precisas condiciones, la Sala casa oficiosamente la sentencia impugnada y, en su lugar, la declara nula por haber sido dictada cuando la acción penal por el delito de lesiones personales en GFD había prescrito.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. Casar oficiosamente el fallo del 12 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en lo expuesto en esta providencia.

2. Declarar prescrita la acción penal por el delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

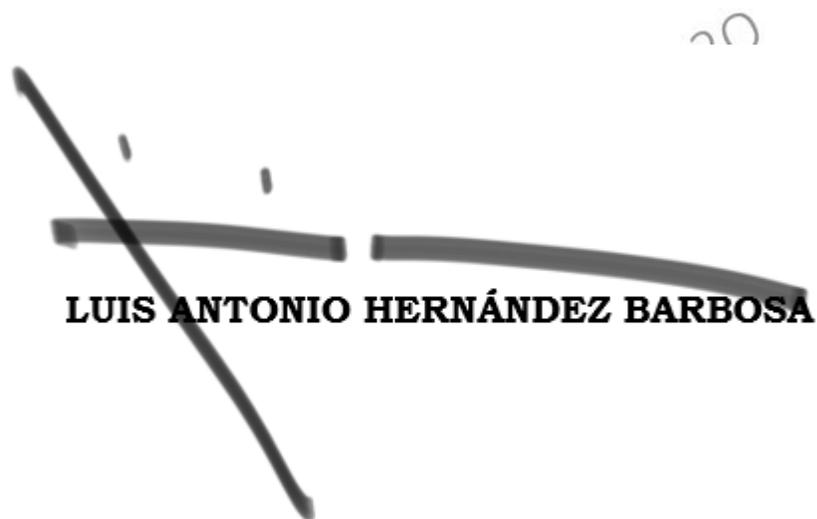

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Sala Casu

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria